



Universidad  
de Alcalá

**RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS  
PERSONAS JURÍDICAS Y EL PLAN DE  
PREVENCIÓN DE RIESGOS PENALES.**

***PENAL RESPONSIBILITY OF JURIDICAL  
PERSONS AND COMPLIANCE.***

**Máster Universitario en  
Acceso a la Profesión de Abogado**

Presentado por:

D<sup>a</sup> CELIA AMANDA RUIZ SAN MAURICIO.

Dirigido por:

Dra. RAQUEL ROSO CAÑADILLAS

Alcalá de Henares, a 14 de diciembre de 2018.

# Índice

I. Introducción.....	4
II. Responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	5
1. Antecedentes.....	5
1.1. La responsabilidad social corporativa.....	5
1.2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Su regulación en España.....	6
1.3. Derecho comparado.....	9
<b>2. Régimen de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas.....</b>	<b>10</b>
2.1. Concepto de persona jurídica.....	10
2.2. Principios irrenunciables del Derecho Penal en la responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	11
2.3. Hecho de conexión.....	13
2.4. Dolo o imprudencia en los hechos de conexión.....	19
3. Catálogo de delitos por los que se contempla la responsabilidad penal.....	20
4. Penas aplicables a las personas jurídicas.....	22
5. Doctrinas enfrentadas en cuanto a la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	25
5.1. Las personas jurídicas y la autorresponsabilidad.....	26
5.2. Posibilidad de considerar a la empresa una persona moral.....	28
5.3. La conveniencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	29
III. El programa de <i>compliance</i> .....	30
1. Definición de <i>compliance</i> .....	30
2. Antecedentes.....	31
3. Requisitos de la figura <i>compliance</i> .....	33
4. Componentes del sistema de gestión <i>compliance</i> . (Propuesta de plan de prevención de riesgos penales).....	38
4.1. La organización.....	38
4.2. Liderazgo.....	39
4.3. Evaluación de riesgos.....	41
4.4. Programa.....	43
4.5. Control.....	44
4.6. Documentación.....	44

4.7.Evaluación .....	44
4.8.La función <i>compliance</i> .....	45
4.9. Proceso de implantación de un sistema <i>compliance</i> .....	45
IV. Conclusiones.....	46
BIBLIOGRAFÍA .....	49
LEGISLACIÓN.....	50
JURISPRUDENCIA .....	51

## **Índice de abreviaturas**

Artículo.- Art.

Código Penal.- CP

Sentencia del Tribunal Supremo.- STS

Audiencia Provincial.- AP

Páginas.- pp.

Ley Orgánica.-LO

Siguientes.- ss.

## **I. Introducción**

La responsabilidad penal de las personas jurídicas propiamente dicha es un fenómeno relativamente reciente y más reciente aún es el modo de eximir o atenuar esa responsabilidad.

Hasta 2010 únicamente se podía pedir responsabilidad penal a las personas físicas, mientras que la persona jurídica quedaba reducida a responder en el ámbito civil y administrativo.

La regulación de este tipo de responsabilidad llegó a partir de la introducción de esta en instrumentos internacionales y al hacerse más evidente la posibilidad de intervención de las personas jurídicas en determinadas actividades delictivas.

Cuando se fija la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro código se establece una doble vía: en primer lugar los delitos cometidos por las personas que tienen poder de representación por la comisión material de los mismos y, por otro lado aquellas infracciones que se hayan dado por no haber supervisado ni controlado adecuadamente a los empleados.

La forma de acreditar la falta de supervisión y control se realiza acudiendo a la norma que regulara los protocolos para evitar los riesgos en cada empresa concreta. Lo que ha venido a hacer la reforma de 2015 ha sido establecer los requisitos que tendrán que cumplir dichos protocolos para que sean efectivos para la prevención de delitos estableciendo en el mismo Código Penal la posibilidad de eximir o atenuar la responsabilidad de la persona jurídica a través de la implementación de un sistema que asegure que dichas exigencias de supervisión y control quedan adecuadamente cubiertas, a través de un sistema de prevención de riesgos penales o, como es comúnmente conocido a través del término anglosajón sistema de *compliance*.

Se trata de dos novedades extremadamente importantes, que, precisamente por su reciente incorporación no hemos tenido oportunidad de estudiar a fondo. Es por ello por lo que en este trabajo voy a ahondar en los principales aspectos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de los sistemas de *compliance*.

## **II.Responsabilidad penal de las personas jurídicas.**

### **1.Antecedentes.**

#### **1.1.La responsabilidad social corporativa.**

Para hablar de los antecedentes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas conviene empezar hablando del concepto de responsabilidad social corporativa, puesto que aquella es consecuencia de esta.<sup>1</sup>

La responsabilidad social corporativa constituye una estrategia empresarial de contenido ético, podría definirse como el compromiso que tienen las organizaciones para contribuir al bienestar social. Constituye un concepto amplio, puesto que engloba todos los sectores de actividad con un contenido dinámico.

Se trata de una responsabilidad que pueden acuñar voluntariamente las empresas y que persigue tanto objetivos altruistas de ayuda a la sociedad como objetivos económicos. Objetivos económicos porque adoptando una responsabilidad social se genera confianza en el consumidor lo que hace que la empresa tenga un buen nombre. Es preciso crear conciencia en las empresas de la necesidad de adoptar este tipo de responsabilidad de un modo continuado, puesto que las prácticas responsables afianzan su pervivencia en el mercado.

Este tipo de responsabilidad no exige regulación institucional y la posibilidad de la misma ha causado desacuerdos doctrinales en cuanto a que esto pueda suponer un intervencionismo que vaya en contra del libre mercado. Sin embargo una serie de sucesos desastrosos atribuibles a la empresa han demandado una regulación de la materia: la ONU configura de este modo un mínimo común ético<sup>2</sup> de actuación para las empresas de todo el mundo.

La responsabilidad social de las empresas tiene gran importancia, puesto que las

---

<sup>1</sup> Ponencia. Prof. ROSO CAÑADILLAS. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig,2010,pp.241 y ss.

<sup>2</sup> Pacto Mundial o Global Compact.

decisiones de una empresa siempre afectarán a un mayor número de personas que las decisiones que pueda adoptar un individuo.

El Derecho Penal no tenía cabida en el mundo empresarial y se reservaba exclusivamente a las personas físicas, pero un conjunto de circunstancias: el creciente número de empresas, protección de bienes jurídicos del conjunto de la sociedad, así como el desarrollo tecnológico con la consecuente globalización, presionaron a los Estados a regular la responsabilidad penal de las empresas.

De este modo vemos el enorme papel que tienen las empresas en la sociedad y la consiguiente importancia de las decisiones que estas adopten para la misma. Es por esto que los ordenamientos jurídicos pretenden guiar a las empresas hacia un “hacer responsable”.

Con la responsabilidad penal de las personas jurídicas se recogen de este modo penas para los delitos que puedan cometer las personas jurídicas atribuyendo a dichas penas una función de inhibición.

Otra vía de implementar dicha conciencia en las personas jurídicas es mediante la eximente o atenuante de implementar un modelo de organización y gestión en la misma que vele por los ideales de la responsabilidad social corporativa, la llamada vía del premio.<sup>3</sup>

## 1.2.La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Su regulación en España.

Desde antes de 2010 nuestro ordenamiento recoge que las personas jurídicas son susceptibles de tener responsabilidad civil y administrativa. Que las personas jurídicas respondieran por estas vías no resultaba controvertido, en primer lugar porque la responsabilidad civil tiene carácter objetivo inclusive cuando es derivada del delito y en segundo lugar, por la conveniencia de imponer sanciones administrativas cuando procedan siendo los principios sancionadores adecuados a las características de las

---

<sup>3</sup> ROSO CAÑADILLAS, Libro Homenaje a Santiago Mir Puig, 2010,241 y ss.

personas jurídicas.<sup>4</sup> Mas controvertida resulta, sin embargo, la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas.

El antecedente más remoto en la legislación española de la responsabilidad de las personas jurídicas podemos encontrarlo en el Código Penal de 1944 que penaba con la disolución las organizaciones que depositaran armas o explosivos en su art. 265.<sup>5</sup>

Posteriormente, con el Código de 1973 se fueron introduciendo reformas que daban la posibilidad de imponer determinadas sanciones a las personas jurídicas

En el año 1995 tiene lugar una regulación más pormenorizada de posibles penas aplicables a organizaciones, concretamente en el art.129 del Código Penal de 1995 que regulaba una serie de consecuencias accesorias a la pena que correspondiese al autor del delito. Por aquel entonces no estaba claro el sentido de este artículo, por lo que un sector de la doctrina establecía que las consecuencias jurídicas aquí recogidas eran penas, mientras que la doctrina contraria las calificaba como medidas de seguridad.

Hasta 2010 es cierto que existían una serie de consecuencias jurídicas cuando intervenía una organización en el delito, pero no tenían la calificación de penas y, mucho menos se atribuía responsabilidad penal a la persona jurídica, sino que los responsables penales era únicamente las personas físicas que hubiesen cometido el delito.

A pesar de esto, el nacimiento de la responsabilidad propiamente penal de las personas jurídicas es un asunto muy reciente para el legislador español, hasta la entrada en vigor de la reforma del Código Penal, el 22 de junio de 2010 con la reforma de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, se debía atribuir la comisión de los hechos a la personas física, no derivándose consecuencias por los delitos cometidos a las personas jurídicas, únicamente la persona jurídica era vista como instrumento de la comisión del delito, imponiéndose por ello consecuencias accesorias.

Con la entrada en vigor de la reforma del Código Penal del año 2010 se introduce un nuevo concepto “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, y lo hace mediante la inclusión en la norma del art. 31 bis y ss.

---

<sup>4</sup> MORENO MARTÍNEZ, *La responsabilidad civil*, 2007, pp. 801 ss.

<sup>5</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, “Comentarios, 1966, pp.606.

La Exposición de Motivos de la Ley que introduce este tipo de responsabilidad hace alusión a las motivaciones que han llevado al legislador español a introducir en nuestro ordenamiento un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, limitándose a una remisión a determinadas Directivas y demás instrumentos internacionales que demandaban por parte del Estado español una respuesta frente a los comportamientos de determinadas personas jurídicas, destacando la Directiva 2008/99/CE: protección del medio ambiente mediante el Derecho penal que exigía respuestas efectivas, proporcionadas y disuasorias para este tipo de delitos, cuando se cometieran de forma intencionada o mediante negligencia grave.

Conviene precisar que dichas exigencias estaban contenidas principalmente en Directivas, lo que significa que son determinantes, pero en lo que respecta al resultado, dejando libertad a los Estados miembros para que consigan los objetivos del modo que estimen conveniente.

Esto nos lleva a preguntarnos el porqué de esta reciente preocupación de los países de nuestro entorno con relación al establecimiento de medidas a las personas jurídicas, conforme a estudiosos de la materia esto se debe<sup>6</sup>:

1. A una reciente concepción de la empresa como foco de delincuencia . En la actualidad se concibe la empresa como un potencial criminógeno responsable de la mayor parte de delitos económicos y que además tiende a amplificar el daño, además las empresas hasta ahora en su mayor parte han resultado impunes de tales hechos y es lo que se pretende cambiar con la atribución de responsabilidad penal a las mismas. <sup>7</sup>
2. La necesidad de involucrar a socios y altos directivos en la prevención de comportamientos delictivos en el seno de la empresa. Puesto que a menudo son dichos cargos los autores materiales de dichos delitos para favorecer a la empresa y, por consiguiente, en muchos casos, a ellos mismos.

---

<sup>6</sup>ROIG ALTOZANO, en línea .La responsabilidad penal de las personas jurídicas, <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4746-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-societas-delinquere-et-puniri-potest/> (consultado en octubre de 2018), 2018, ep.1º.

<sup>7</sup> Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado Relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por ley orgánica número 5/2010.



3. La necesidad de incrementar la eficacia del proceso penal. Ampliando de este modo las personas posibles a responder por esta vía.

Por consiguiente, como resultado de exigencias europeas en orden al establecimiento de medidas en relación a las personas jurídicas y determinados delitos, el legislador español ha optado como medida por atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas y esto lo ha hecho a través de un artículo introducido en el Código Penal, modificando otros en orden a adaptarlos a las exigencias de las personas jurídicas y remitiéndose en muchos casos a las características previstas en la regulación de la responsabilidad penal individual.

### 1.3.Derecho comparado.<sup>8</sup>

#### 1.3.1.Alemania

Alemania no prevé la responsabilidad penal de las empresas debido a que su Constitución establece que las penas se corresponden con la culpabilidad del sujeto, lo que excluye a las personas jurídicas.

Alemania para sancionar a las personas jurídicas posee la Ley de Contravenciones que entra dentro del Derecho contravencional alemán que constituye una rama del Derecho que está a caballo entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal. Dicha ley prevé en su párrafo 30 la aplicación de multas no penales como sanciones accesorias a las sociedades cuando un agente revestido de cierta representatividad cometiere una contravención o un delito. De esta forma se podrá aplicar una multa a las personas jurídicas cuando sus componentes lesionen deberes de la empresa o cuando han intentado su enriquecimiento.

Igualmente prevé un régimen de responsabilidad por violación de los deberes de supervisión y control. Configurándose de este modo una especie de responsabilidad objetiva.

---

<sup>8</sup>JUANES PECES, *Compliance penal*, 2017, pp.242-263.

### 1.3.2.Italia.

En Italia la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se entendía viable puesto que la Constitución italiana considera que la responsabilidad penal es personal y esto supuso un obstáculo para la regulación de una responsabilidad penal. Es por esto por lo que en Italia se estipula una responsabilidad administrativa por la comisión de determinados delitos atribuibles a la empresa, sin embargo, la competencia para conocer de este tipo de responsabilidad al tratarse de delitos es de un órgano jurisdiccional penal.

### 1.3.3.Países del *Common law*

Los países regidos por el *Common law* aceptan la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Hasta el siglo XVIII Inglaterra no aceptaba la responsabilidad penal de las personas jurídicas por considerar que no eran capaces de cometer delitos, sin embargo, el gran desarrollo posterior que tuvieron las empresas, hizo que Inglaterra se viese necesitada de una legislación más fuerte para poder controlarlas, fue entonces cuando se implantó la responsabilidad penal para las personas jurídicas.

Inglaterra y Estados Unidos constituyen los más grandes exponentes y mayores ejemplos de la atribución de responsabilidad penal a las empresas.

## **2. Régimen de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas**

### 2.1.Concepto de persona jurídica

A fin de poder analizar los casos en los que las personas jurídicas sean penalmente responsables es preciso analizar qué entiende el ordenamiento por persona jurídica.

No existe un concepto positivo en el Código Penal, por lo que tendremos que extraer el concepto de un modo negativo, es decir, mediante la exclusión que hace el mismo texto legal en su art. 31 quinquies:<sup>9</sup>

*“1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.”*

Este primer párrafo se limita a excluir a estas entidades del concepto de persona jurídica por lo que no estarán sometidas a ningún tipo de consecuencia penal.

*“2. En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.”*

Este segundo párrafo únicamente se limita a excluir la aplicación de penas a las mismas, sin embargo, esto no quiere decir que no les sean atribuibles consecuencias accesorias. Estas deben entenderse como medidas preventivas distintas a las penas y a las medidas de seguridad clásicas

Por consiguiente, serán personas jurídicas aquellos individuos dotados de derechos y obligaciones que no sean personas físicas sino instituciones creadas por ellas y que no se encuentren entre las exclusiones vistas en este artículo.

## 2.2.Principios irrenunciables del Derecho Penal en la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La sentencia que trató por primera vez en España propiamente la responsabilidad penal de las empresas fue la STS 514/2015,02-09-15, que en su Fundamento de Derecho

---

<sup>9</sup> ROSO CAÑADILLAS, en LLP, vol.81, 2011, pp.55-64.

tercero, párrafo segundo determinó que cualquier pronunciamiento condenatorio de una persona jurídica debería estar basado en los principios que informan el Derecho Penal.

*“(…) Esta Sala todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del fundamento de la responsabilidad de los entes colectivos, declarable al amparo del art. 31 bis del CP. Sin embargo, ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad, parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal (…)”*.

Es decir, las condenas deberán estar basadas en los siguientes principios:

- Principio de legalidad: principio por el cual una persona no puede ser condenada por una conducta si está no se encuentra específicamente en la ley.
- Principio de prohibición de analogía: principio por el cual no se podrá aplicar a un caso que no está previsto en la ley una norma que no le corresponde.
- Principio de responsabilidad penal o culpabilidad: que supone la conciencia de la antijuridicidad de la conducta. Este principio es el que mayores problemas plantea puesto que no se puede decir que realmente exista culpabilidad por parte de las personas jurídicas puesto que, al fin y al cabo, son un ente y es difícil determinar hasta qué punto una institución puede tener conciencia de la antijuridicidad de la conducta. Pero la dificultad de apreciar dicho elemento no puede llevarnos sin más a que no es preciso que se dé la concurrencia de esta. Así pues, el Auto de la AP Pamplona 1112/2015, 11-01-16 que en su Fundamento de Derecho cuarto, párrafo ocho, establece que:

*“ cuando se demuestre que, conforme a un juicio ex ante , los medios de control y el código de buen gobierno corporativo eran adecuados y se ha cumplido con el deber de cuidado exigido para evitar los riesgos penales y, a pesar de ellos, los directivos o empleados hayan cometido un delito, no cabrá considerar autor de estos a la persona jurídica, so pena de infringir manifiestamente el principio de culpabilidad”*

- Principio de protección de los bienes jurídicos: principio que exige que para que una conducta sea definida como delito es preciso que exista un bien jurídico previo susceptible de ser lesionado.
- Principio de subsidiariedad: siempre que existan otros instrumentos de sanción en el ordenamiento deberá recurrirse a los mismos dejando en último lugar la vía penal.
- Principio de fragmentariedad: principio que establece que el Derecho Penal tutelara únicamente los bienes más importantes para la sociedad.
- Principio de proporcionalidad de las penas: este principio señala que entre el delito cometido y la pena impuesta debe existir una proporción.
- Principio de igualdad: que el trato de las personas al momento de sancionar un delito sea igual, sin hacer ningún tipo de diferenciación.
- Principio de humanidad de las penas: aplicar las penas bajo criterios razonables y adecuando las penas a la humanidad del Hombre.

Esta sentencia nos viene a indicar lo que ya habíamos dejado entrever con anterioridad: la aplicación en numerosos casos de la regulación general del Derecho Penal a las personas jurídicas con las especialidades recogidas para las mismas en algunos artículos. Aunque de la comprensión de los principios podemos comprobar que no resulta tan fácil aplicar los mismos a las personas jurídicas, sino que es preciso interpretarlos de un modo extensivo.

### 2.3.Hecho de conexión

Como hemos visto el principio de culpabilidad exigido por el Derecho Penal en el caso de las personas jurídicas no llega a cumplirse propiamente, puesto que por la propia

naturaleza de estas no es posible hacer un juicio de culpabilidad, como hacemos en el caso de las personas físicas, pero entonces, ¿qué criterios existen para atribuir la responsabilidad penal a la persona jurídica por el delito?

Es dominante en la doctrina reconocer que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se fundamenta en el hecho de conexión o también llamadas fuentes de imputación, es decir, la persona jurídica responde por el hecho delictivo cometido por la persona física negándose por consiguiente la posibilidad de atribuir una culpabilidad propiamente dicha a las personas jurídicas.<sup>10</sup>

Es por esto, que nos vamos a centrar en este concepto: el hecho de conexión. Mediante el hecho de conexión se hace referencia al conjunto de circunstancias recogidas en el apartado 1 del art. 31 bis CP que conjuntamente contempladas permiten atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica.<sup>11</sup>

A continuación, vamos a analizar los hechos de conexión que nos indican cuando es atribuible la responsabilidad penal a la persona jurídica.

Se deberán dar los siguientes requisitos:

1. La comisión de un delito susceptible de ser cometido por las personas jurídicas.<sup>12</sup>

Para apreciar la responsabilidad penal de la organización es preciso que se evidencie la comisión de un delito por una persona íntimamente vinculada a esta. Además, deberá tratarse de un delito que se pueda atribuir a la persona jurídica, es decir, que forme parte del catálogo de delitos cerrado, susceptibles de ser cometidos por una persona jurídica, los cuales enumeraremos en el siguiente apartado de este trabajo.

Las causas de justificación serán aplicables al ente, en la medida en que lo sean para la persona física, siguiendo por tanto las mismas reglas para su apreciación.

2. En beneficio directo o indirecto de la persona jurídica

---

<sup>10</sup> STS 221/2016,16-03-16, Fundamento Jurídico quinto.

<sup>11</sup> MORILLAS CUEVA, *"Estudios sobre el Código Penal reformado"* 2015, pp. 84-89.

<sup>12</sup> Delitos enumerados en el apartado 3 de este trabajo.

Antes de la reforma del Código Penal de 2015 no se encontraba la precisión de “beneficio directo o indirecto”, sino que únicamente se hablaba de beneficio, lo que dio lugar a problemas a la hora de determinar si únicamente era atribuible la responsabilidad cuando se tratase de la consecución de beneficio económico o era extensible a beneficios de otra índole.

Por consiguiente, esta precisión al fin despejaba las dudas en favor de la interpretación que permite extender la responsabilidad de la persona jurídica a aquellas entidades cuyo objeto social no persigue intereses estrictamente económicos, así como incluir los beneficios obtenidos a través de un tercero interpuesto (caso de las cadenas de sociedades).<sup>13</sup>

Constituye el segundo elemento de atribución. Con beneficio directo o indirecto el código se refiere a las conductas que *ex ante* resultan objetivamente idóneos para reportar este beneficio.

No será atribuible la responsabilidad penal a la persona jurídica cuando el hecho solo sea susceptible de producir beneficio en la persona física y no a la persona jurídica.

La condena ha de basarse en la comisión de este delito no por motivaciones individuales de la persona física sino para que la empresa consiga una ventaja, tal y como establece la STS 154/2016 29-02-16 , en su Fundamento de Derecho décimo tercero, párrafo séptimo.

*“(…) Por ello convendría dejar claro desde ahora que ese término de “provecho” (o “beneficio”) hace alusión a cualquier clase de ventaja, incluso de simple expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto de otros competidores, etc., provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico, se comete (…)”.*

---

<sup>13</sup> Circular de la Fiscalía 1/2016, pp.17.

### 3. Comisión del delito por persona física: posición jerárquica.

Este artículo igualmente constata unas diferencias fundamentales en función de la posición que tenga en la empresa la persona que cometió el delito. De este modo es más sencillo atribuir la responsabilidad penal a la empresa cuando el que haya cometido el delito sea un directivo a cuando sea un trabajador. En el caso de que haya sido cometido por los directivos bastará con que estos no hayan tenido la diligencia necesaria para controlar y supervisar que eso no concurriera, mientras que, en el caso de que el delito lo haya cometido un trabajador se precisará la apreciación de ese incumplimiento.<sup>14</sup>

- “Representante legal o persona autorizada para tomar decisiones en nombre de la organización o que ostente facultades de control y supervisión en la misma.”

Cuando el delito es cometido por alguna de estas personas se viene a denominar delitos de directivos.

Como hemos dicho anteriormente se permite atribuir con mayor facilidad la responsabilidad penal a la organización cuando el delito es cometido por una de estas personas, puesto que permite que la persona jurídica responda por la mera falta de supervisión, vigilancia y control que ejercen los directivos sobre sus subordinados, pudiéndose, por consiguiente atribuir responsabilidad a la empresa por el hecho de que haya existido negligencia en dichos deberes.

Cuando el delito es cometido por una de estas personas no se permite que estas representen a la empresa en juicio, tal y como nos indica la STS 31/2017 26-01-17, una vez vista la posibilidad de responsabilidades conjuntas de la persona física y persona jurídica, esta sentencia se refiere a la representación de las personas jurídicas en las causas en las que aparezca como investigada, imputada o acusada, no permitiendo que sea representada por la persona física que efectivamente haya

---

<sup>14</sup> MORILLAS CUEVA, “*Estudios sobre el Código Penal reformado*”, 2015, pp. 88-89



cometido el delito en el seno de la empresa. Concluyendo en la misma que existen intereses contradictorios en designar a la persona física acusada para que actúe también como representante de la persona jurídica.

Conceptos que se detallan en su fundamento de derecho sexto, párrafo segundo.

*“(…) Esta Sala ya ha señalado (STS nº. 154/2016, de 29 de febrero, citada por la recurrente) las precauciones que han de adoptarse cuando se trata de designar al representante de la persona jurídica en las causas en las que aparezca como investigada, imputada o acusada de delito, con la finalidad de garantizar un adecuado ejercicio del derecho de defensa evitando los conflictos de intereses con las personas físicas a las que se imputan hechos delictivos en las mismas causas (…)”*.

- “Individuo sometido a la autoridad de los anteriores”

Serán cualquier individuo ligado a la organización, cualquiera que sea la naturaleza de su contrato, siempre que exista una relación profesional entre la persona y la organización. Es preciso que para la atribución al ente exista una situación de subordinación, que el trabajador se encuentre sometido a las instrucciones dadas por el directivo y que han sido las que han constituido el delito.

#### 4. Vinculación entre la conducta de la persona física y la persona jurídica.

- Actuar en nombre o por cuenta de la persona jurídica.

El actuar en nombre de la persona jurídica quiere decir que el individuo que comete el acto lo hace dentro de las funciones representativas que se le han conferido.

En cuanto a que se actué por cuenta de la persona jurídica comprende las labores de gestión de la organización.

Fuera de estos dos casos no existiría este elemento de conexión, por lo que no

sería posible atribuir la responsabilidad penal a la organización.

- La actuación en el ejercicio de las actividades propias de la organización y por cuenta de la persona jurídica.

Es preciso que se den ambas circunstancias conjuntamente, así como que el comportamiento delictivo guarde relación con el objeto social de la persona jurídica para que sea posible la atribución del delito.

5. El incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control de los individuos del apartado a) del art. 31 bis CP.

La distinción entre los altos cargos con los meros trabajadores tiende a facilitar que la persona jurídica responda por la falta de supervisión, vigilancia y control cuando la misma proviene de un alto cargo, es decir, es más fácil atribuir la responsabilidad penal a la persona jurídica cuando dicho incumplimiento proviene de un directivo. Es más fácil de este modo atribuir la responsabilidad penal a la persona jurídica en estos casos, puesto que en el caso de que se trate de trabajadores es preciso que se haya materializado el delito o que la falta de supervisión, vigilancia y control haya sido especialmente negligente.<sup>15</sup>

Es decir, el nivel de diligencia exigido a los directivos en las tareas de supervisión, vigilancia y control es mayor que en el caso de los trabajadores.

Los deberes de supervisión, vigilancia y control se encuentran conectados con los requisitos que deben cumplir los distintos modelos de gestión del art 31.5 del CP.<sup>16</sup>

Es preciso destacar que para que se consideren graves los incumplimientos no es preciso que la actuación sea dolosa, sino que es posible su comisión de forma imprudente.

---

<sup>15</sup> AGUILERA GORDILLO, *Compliance penal en España*, 2018. pp. 113.

<sup>16</sup> Ver Art.31. 5 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en donde se enumeran los requisitos que habrán de cumplir los modelos de gestión, requisitos que veremos igualmente en la segunda parte de este trabajo.

## 2.4.Dolo o imprudencia en los hechos de conexión.

Una vez vista la parte objetiva conviene analizar la parte subjetiva: dolo o imprudencia. Cabe la posibilidad de que las personas jurídicas cometan los delitos tanto de un modo doloso como de un modo imprudente.<sup>17</sup>

Conforme al art. 12 CP para poder imputar una comisión imprudente a la persona jurídica será necesario que en los delitos susceptibles de ser cometidos por las mismas esté prevista la modalidad imprudente.

Como lo que se pretende atribuyendo responsabilidad penal a las personas jurídicas es concienciar para que las mismas realicen un debido control, partimos de que las mismas desarrollan una actividad lícita y en estos casos la forma de comisión de los delitos más común sería la imprudencia.

Partimos de que las empresas buscan un beneficio económico y si durante dicha consecución sucede un hecho ilícito si este no se ha debido a una casualidad existirá al menos una intromisión humana que no haya sido diligente: no se buscaba dicho resultado delictivo, pero este se ha producido por falta de diligencia.

En el caso de que el delito concreto exija dolo solo será castigado si este ha sido cometido dolosamente por la conducta del empleado quedando excluida la modalidad imprudente.

El problema existe cuando el delito exige modalidad dolosa y el subordinado actúa de modo doloso pero la empresa lo ha hecho de un modo imprudente. Este caso ha sido bastante debatido sin llegarse a una solución concreta, las principales tesis son:

- Como el tipo únicamente admite la forma dolosa, el art. 31 bis CP no es una cláusula de extensión de punición imprudente, por lo que no se puede atribuir la responsabilidad a la empresa.
- Otra solución consiste en atribuir responsabilidad al superior jerárquico del

---

<sup>17</sup> ROSO CAÑADILLAS, *Las fuentes de imputación*. Revista de Derecho, nº17, 2014, pp.193-199.

subordinado que efectivamente ha cometido el delito por la falta de la debida diligencia en su supervisión y, por ende, a la persona jurídica. Esto plantea problemas en el sistema de penas, puesto que se está castigando conductas imprudentes por un delito que únicamente admite modalidad dolosa, solución que pasaría por la incorporación de una determinación concreta de la pena del tipo imprudente.

- La otra tesis para tratar de solventar esta falta de determinaciones de penas imprudentes pasaría por romper la cadena de imputación, es decir, en el caso de la comisión dolosa de un subordinado, no atribuir responsabilidad penal al superior jerárquico, sino atribuirla directamente a la persona jurídica.

En el caso de que el delito concreto prevea tanto la modalidad dolosa como la imprudente y el subordinado actuare de forma imprudente la responsabilidad se podrá trasladar llegando a la persona jurídica.

### 3. Catálogo de delitos por los que se contempla la responsabilidad penal.

Antes de comenzar el listado de delitos de los que pueden ser responsables las personas jurídicas, en los términos mencionados en el apartado anterior, debemos destacar se trata de *numerus clausus*, es decir limitado a “los supuestos previstos en este Código”, por lo que solo podrán ser responsables penalmente de los delitos que citaremos a continuación.

Estableceremos los artículos en los que se recogen dichos delitos, pero es conveniente destacar que en cada descripción de estos delitos hay una parte referida especialmente a las personas jurídicas que hace referencia a las penas que se impondrán cuando dichos delitos hayan sido cometidos por las empresas, atribuyéndose en lo demás las características previstas de forma generalizada tanto para los individuos como para las personas jurídicas. Podemos observar dicha regulación específica en el **ANEXO 1** que

incorporo a este trabajo.<sup>18</sup>

A continuación, procederemos a citar cada uno de los delitos de los que la persona jurídica es susceptible de ser penalmente responsable junto con los artículos referidos a cada delito:

1. Delito de tráfico y trasplante ilegal de órganos humanos. Artículo 156 bis.
2. Delito de trata de seres humanos. Artículo 177 bis.
3. Delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores. Artículos 187 a 189.
4. Delito de descubrimiento y revelación de secretos. Artículo 197.
5. Delitos de estafa. Artículos. 248 a 251.
6. Delitos de insolvencia punible. Artículos. 257 a 261.
7. Delito de daños informáticos. Artículo 264.
8. Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores. Artículos 270 a 288.
9. Delito de blanqueo de capitales. Artículo 302.
10. Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. Artículos 305 a 310.
11. Delitos contra los derechos de los trabajadores. Artículos 311 a 318.
12. Delitos de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas. Artículo 318 bis.
13. Delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo. Artículo 319.
14. Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Artículo 325.
15. Delito de establecimiento de depósitos o vertederos tóxicos. Artículo 328.
16. Delito relativo a las radiaciones ionizantes. Artículo 343.
17. Delito de estragos. Artículo 348.
18. Delitos de tráfico de drogas. Artículos 368 y 369.
19. Delito de falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje. Artículo 399 bis.
20. Delitos de cohecho. Artículos 419 a 427.
21. Delitos de tráfico de influencias. Artículos 428 a 430.
22. Delito de captación de fondos para el terrorismo. Artículo 576.

---

<sup>18</sup> En dicho ANEXO podemos ver las penas específicas que se prevén para cuando el autor del delito descrito en estos artículos es una persona jurídica.

Por lo tanto, tal y como hemos visto en los hechos de conexión, para que sea posible atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica, es preciso que el delito que haya sido cometido por la misma figure en esta lista.

#### 4.Penas aplicables a las personas jurídicas.

Si observamos el **ANEXO 1** podemos comprobar que cuando los artículos se refieren a las penas que se le van a imponer a la persona jurídica a menudo hacen referencia al apartado 7 del art. 33 del CP, referido al tipo de penas que se les puede imponer a las personas jurídicas y al art. 66 bis del mismo texto legal que establece los criterios que se deberán tener en cuenta para establecer una pena u otra a las personas jurídicas.

Procedemos pues a enumerar el tipo de penas al que puede estar sometida una persona jurídica:

1. **Pena de multa.** Supone la pena principal que se impone a las personas jurídicas. Para establecer la multa habrá que irse a los criterios establecidos en los arts. 50 y siguientes del Código Penal referidos a los parámetros de las multas. Como especialidad en el caso de las personas jurídicas dichas penas tendrán una duración máxima de cinco años, mientras que en el caso de las personas físicas la duración máxima es de dos años, además, en cuanto a la cuantía la multa será de un mínimo de 30 euros a 5.000 euros diarios. Las personas jurídicas cuentan con el beneficio de fraccionar el pago de la multa por un periodo de hasta cinco años cuando su cuantía ponga en peligro la supervivencia de esta<sup>19</sup>

El resto de las penas tienen un carácter facultativo y accesorio con respecto a la multa, tal y como podemos comprobar de la pena recogida para cada uno de los delitos susceptibles de ser cometidos por las personas jurídicas, como podemos ver fácilmente en el **ANEXO 1** , puesto que en todo caso se prevé la pena de multa estableciendo en los mismos artículos la posibilidad que queda abierta al tribunal, en función de las circunstancias de aplicar también una de estas penas:

---

<sup>19</sup> Artículo 53 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

2. **Disolución.** Supone la pena más grave que se le puede imponer a la persona jurídica. Esta pena se reserva a casos excepcionales, cuando las personas jurídicas tuviesen como objeto principal una actividad ilícita y no que el delito objeto del procedimiento hubiere sido un hecho ocasional en el ejercicio de una actividad lícita..<sup>20</sup>

Por la naturaleza de la pena sus efectos son definitivos por lo que debe reservarse únicamente para los casos más graves, pues supone la extinción completa de la empresa.

La disolución lleva aparejada: la clausura de los establecimientos, el embargo de los bienes y la liquidación del patrimonio. Esto puede acarrear problemas para la reparación del daño a las víctimas, para lo que habría sido conveniente realizar una remisión en el propio texto legal a normas de naturaleza civil, mercantil o societaria.<sup>21</sup>

Esta pena conlleva la desaparición definitiva de la persona jurídica.

3. **Suspensión de actividades.** Se trata de una pena temporal que conforme al Artículo 33.7 no puede exceder de cinco años. Esta pena plantea un problema importante y es que no especifica si supone la suspensión de todas las actividades o solo de algunas, al leer el precepto se entiende todas las actividades puesto que, si no haría algunas referencias específicas, sin embargo, esto puede suponer un problema para algunas empresas que suspendiendo todas sus actividades durante un periodo de tiempo puede conducir a la extinción de estas. Es por esto por lo que muchos abogan por la posibilidad de la suspensión parcial donde lo razonable sería paralizar las actividades que hubieran sido consideradas como delictivas y continuar con el resto.<sup>22</sup>

4. **Clausura.** Se trata, al igual que la anterior, de una pena temporal que tiene un límite máximo de cinco años.

---

<sup>20</sup> Ver Artículos 520,569,570 quáter CP.

Ver también STS 154/2016 29-02-16, que condena a una empresa cuya principal actividad constituía la introducción de droga en España.

<sup>21</sup> Circular FGE 1/2011. pp. 65.

<sup>22</sup> Circular FGE 1/2011, pp.66.

Dicha pena puede suponer la clausura de todos los establecimientos, lo que acarrearía por consiguiente la suspensión de las actividades o únicamente de algunos establecimientos, lo que permite continuar con su actividad.<sup>23</sup>

5. **Prohibición de realizar actividades en el futuro en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.** Esta pena es similar a la suspensión, pero la principal diferencia es que la suspensión puede recaer sobre cualquier actividad de la empresa mientras que la prohibición como dice el propio art. 33.7 CP únicamente se refiere a las actividades “en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito” siendo preciso que dichas actividades queden especificadas con precisión en la sentencia que acuerde la pena.<sup>24</sup>

Esta medida puede ser definitiva o temporal, en cuyo caso tal y como estipula el precepto no podrá ser superior a quince años.

6. **Penas relacionadas con el sector público.** Son tres penas de inhabilitación, a saber: “inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales de la Seguridad Social.” Es posible imponer todas las penas o solo algunas. Estas penas restringen directamente los derechos económicos de las empresas.<sup>25</sup>

Su naturaleza es siempre temporal, sin poder en ningún caso exceder de quince años.

7. **Intervención judicial.** Esta pena tiene naturaleza temporal sin poder exceder de los cinco años. Supone la mejor medida para salvaguardar los derechos de los trabajadores y los acreedores de la empresa sometida a la misma, siendo el juez el encargado de adoptar los extremos de la intervención de forma específica. Esta pena puede ser total o parcial, recayendo sobre toda la empresa o únicamente sobre algunos sectores de la misma.

*Roca Agapito* considera que sería adecuado que esta pena se rigiera por lo dispuesto en los arts. 630 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativos a la

---

<sup>23</sup> ONTIVEIROS ALONSO, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 2014, pp.394-395.

<sup>24</sup> DIEZ RIPOLLÉS, “Delitos y penas en España”, 2014, pp.51.

<sup>25</sup> Art. 13.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones; y el art. 60 de la Ley de Contratos del Sector Público.



Administración Judicial,<sup>26</sup> puesto que se trata de la medida más adecuada para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores constituye una medida que garantiza el embargo y que, por tanto, precisaría de la intervención de un administrador judicial.

Para imponer una u otra pena habrá de tenerse en cuenta las pautas del art. 66 bis CP:

1. **La necesidad** de dicha pena para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos.
2. **Sus consecuencias** económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores.
3. **El puesto** que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.

## 5. Doctrinas enfrentadas en cuanto a la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Este importante cambio legislativo ha llevado a que coexistan dos tesis enfrentadas: entre los que aceptan la existencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y entre los que rechazan la misma.

La atribución de la responsabilidad penal a las personas jurídicas ha supuesto un enorme cambio que ha dado un vuelco a los esquemas que teníamos estipulados en cuanto al propio significado de la responsabilidad penal. La responsabilidad penal se creó originariamente por y para los individuos. La responsabilidad penal se configura como una responsabilidad personalísima en la que los individuos imputables realizan acciones u omisiones constitutivas de un delito recogido en el código penal.

De la propia definición de esta responsabilidad resulta complicado pensar que una persona jurídica se encuadre en la misma, puesto que la entidad como tal no es capaz de realizar tales delitos, sino que los mismos son cometidos por las personas que conforman

---

<sup>26</sup> ONTIVEIROS ALONSO, *“La responsabilidad penal de las personas jurídicas”*, 2014, pp. 401.

la misma. La empresa tampoco tiene conciencia para comprender la finalidad de la pena ni para, al menos desde el Derecho Penal tradicional, poder introducirla dentro de los criterios de imputabilidad.

Sin embargo, en la otra cara, la importancia que están adquiriendo en la sociedad las personas jurídicas reclamaba una respuesta por parte de los Estados para su control, respuesta que resultaba imperativa para España a razón de las exigencias de la Unión Europea. Para algunos resultaba adecuada la respuesta penal, puesto que las consecuencias de la comisión del ilícito por una persona jurídica en lugar de una persona física tienen más repercusión para la sociedad por el simple hecho de las magnitudes que puede alcanzar y, efectivamente, el Derecho Penal ha sido previsto para proteger los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves que puedan darse.

Con la intención de ordenar estas ideas, he extraído diversos conceptos a analizar para entender si efectivamente esta responsabilidad es la adecuada en este caso.

### 5.1.Las personas jurídicas y la autorresponsabilidad.

El modelo penal en España parte de la idea de la autorresponsabilidad del sujeto, es decir, la posibilidad de ser consecuentes con nuestras acciones y de ser responsables por los hechos propios.

*Schünemann*<sup>27</sup> establece que no es posible que una persona jurídica pueda tener autorresponsabilidad, fundamenta su crítica en dos bloques.

- En el primer bloque defiende que las normas del Derecho Penal van dirigidas a evitar acciones directas de los individuos en orden a proteger los bienes jurídicos, sin embargo, las normas de Derecho Penal que se dirigen a las personas jurídicas están dirigidas a conseguir una empresa perfecta y de lo que se encarga la misma es de evitar la comisión de delitos por parte de los que forman la empresa protegiendo pues de forma indirecta los bienes jurídicos. Las normas dirigidas a la empresa no exigen un comportamiento, sino un resultado.

---

<sup>27</sup>Crítica de SCHÜNEMANN en BAJO FERNÁNDEZ, *Constitución Europea y Derecho Penal económico*, 2006, pp 141 y ss.

- En un segundo bloque *Schünemann* se centra en la conciencia de los individuos con relación a la conciencia que puede tener una persona jurídica con relación al Derecho, pues la persona jurídica no es capaz de reconocer el valor intrínseco de las normas a la que está sometida como tal, mientras que los individuos son capaces de comprender la obligatoriedad del Derecho en función de variados principios inherentes a la persona.

De este modo *Schünemann* defiende que no es posible que una persona jurídica sea capaz de hacerse cargo de las consecuencias de sus acciones, pues de ella no se esperan comportamientos sino resultados y por otro lado carece de conciencia para considerar el valor de las consecuencias a las que podrían acarrear las acciones, es decir no tiene capacidad para entender la obligatoriedad de las normas jurídicas.

En contraposición a la crítica de *Schünemann* podemos encontrar la teoría de los sistemas sociales autopoieticos asociada con *luhmann*<sup>28</sup>. Esta teoría asume la creciente complejidad de las sociedades y la consiguiente necesidad de incorporar algunos cambios en ellas para que resulten operativas. En términos generales podemos decir que esta teoría iguala en muchos sentidos a los individuos y a las personas jurídicas. En primer lugar, afirma el carácter autorreferencial tanto de los individuos como de las empresas que no admiten una intervención exterior directa,<sup>29</sup> por consiguiente las normas jurídicas actúan como un condicionante para ambos sujetos de Derecho y no admiten una distinción como establecía *Schünemann* entre protección directa e indirecta. Por otro lado, considera que las empresas tienen capacidad de internalización del derecho al igual que lo tienen los individuos, pues dichas normas son percibidas como una influencia externa que cambia la forma en la que se administran ambos.

Actualmente gran parte de la doctrina es favorable al sistema autopoietico que

---

<sup>28</sup>Crítica de Luhmann en GOMEZ-JARA DÍEZ, "Teoría de sistemas y derecho penal", 2005, pp. 386 y ss. 394 yss.

<sup>29</sup> GARCÍA BLANCO, en línea: Por fin Luhmann, <https://www.revistadelibros.com/articulos/la-teoria-social-de-niklas-luhmann> (consultado en diciembre de 2018)

afirma que la empresa tiene capacidad de autoconducirse y este es un argumento acorde a la existencia de la responsabilidad penal.

Considero acertada la doctrina que predica que las personas jurídicas carecen de autorresponsabilidad, si la autorresponsabilidad significa ser responsables por los hechos propios es importante identificar si la empresa, al cometer el delito, esta realizando las acciones por sí misma. Pues bien, en este sentido la empresa como tal no es capaz de ser consciente de sus propios actos puesto que, para empezar, ni si quiera los realiza la empresa como tal sino las personas físicas que forman parte de la misma, las cuales, sí son susceptibles de tener autorresponsabilidad pero no la empresa puesto que esta no es la que realiza propiamente los actos.

## 5.2. Posibilidad de considerar a la empresa una persona moral.

Tanto la doctrina estadounidense como la europea consideran el reproche moral un elemento fundamental de la culpabilidad y, por consiguiente, de la responsabilidad penal. Por un lado, *Ladd*<sup>30</sup> define a la empresa como un tomador de decisiones que actúa en función a la consecución de determinados objetivos a favor de la organización. Considera que la empresa en dicho ámbito tiene en cuenta los valores morales como características del entorno en el que actúa, siempre y cuando puedan afectar a la eficiencia de este, pero dicha afirmación no convierte a la empresa en una persona moral porque la misma actúa en orden a conseguir objetivos puramente económicos.

*Keeley*<sup>31</sup> mantiene que la empresa no es una persona moral, pero lo hace desde otra perspectiva y es afirmando que las empresas carecen de intencionalidad y que, por consiguiente, carece de moralidad.

*Velásquez*<sup>32</sup> establece que el delito se origina en los movimientos corporales del autor. Por consiguiente, es imposible que la acción de la empresa se genere por sus propios movimientos corporales, sino que se genera por los movimientos corporales de las personas a las cuales se asocia a la empresa, por consiguiente, la empresa como persona jurídica no puede ser moralmente responsable por los actos que ha realizado otra persona.

---

<sup>30</sup> Crítica de Ladd en GOMEZ JARA, *Empresas en EE.UU*, 2006, pp.21

<sup>31</sup> Crítica de Keeley en GOMEZ JARA, *Empresas en EE.UU*, 2006, pp.22

<sup>32</sup> Crítica de Velásquez en GOMEZ JARA, *Empresas en EE.UU*, 2006, pp.22.

En contraposición a los anteriores argumentos *French* afirma que las corporaciones deben ser reconocidas como miembros de pleno derecho en la comunidad moral<sup>33</sup> centrándose para realizar tal afirmación en la noción de intencionalidad , es decir, para ver si una corporación es una persona moral, *French* analiza si ciertos eventos realizados por la misma se pueden considerar como intencionados por la propia empresa. *French* ha sido muy criticado en su tesis, pero supuso un gran paso en orden a la apertura de tesis a favor de la empresa persona moral.

Considero que esta cuestión está íntimamente relacionada con la conciencia social . Si aceptamos como objetivo de la atribución de la responsabilidad penal a las personas jurídicas el que estas implementen una conciencia social partimos de la base de que pueden tener moralidad. Es por esto que abogo por la empresa persona moral puesto que es posible implementar en la misma una conciencia de cumplimiento a partir de determinadas políticas conducentes al cumplimiento.

### 5.3.La conveniencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

*Nino*<sup>34</sup> predica que el concepto de persona jurídica engloba un complejo de las relaciones entre individuos por lo que, al atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas ,se va a penar a ciertos individuos por los actos de otros estableciendo así una responsabilidad vicaria. Esto choca por completo con una de las características principales de la responsabilidad penal: la responsabilidad personalísima. Con esta responsabilidad se está yendo en contra de los objetivos del Derecho penal: se está castigando a unos por los hechos de otros.

Las consecuencias penales se van a extender a todos los que se vean abarcados por la situación, tanto trabajadores como acreedores lo que va a generar miedo a la hora de interrelacionarse con las empresas.

En la misma línea de la afección interesa hablar de la importancia que tienen las personas jurídicas para el mercado, por lo que penar a la mismas según qué tipos de pena puede

---

<sup>33</sup>Crítica de en ,Empresas en EE.UU,2006,pp.25.

<sup>34</sup> NINO, "Los limites de la responsabilidad penal", 2006, pp. 415.

tener influencia en la economía y, por consiguiente, en la sociedad.

De esta postura se desprende que, quizá al atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas no es un método óptimo principalmente por cambiar el concepto de Derecho penal que hasta ahora teníamos asimilado y por las consecuencias injustas que puede acarrear para terceros y para la economía en general dichas sanciones penales.

*Villalobos Castañeda*<sup>35</sup> defiende una postura a favor de la responsabilidad penal de las empresas a fin de frenar los crímenes económicos en el sistema penal.

A pesar de que la doctrina mayoritaria defiende la postura contraria de no responsabilizar penalmente a las empresas, pero este autor considera que el Derecho penal debe guardar relación con problemas reales y la realidad es que en la actualidad hay múltiples delitos económicos mayoritariamente cometidos por personas jurídicas, muchos crímenes modernos usan como fachada a las personas jurídicas, siendo en algunas ocasiones muy difícil individualizar al autor del hecho concreto dentro de la organización. El autor considera por consiguiente que la atribución de responsabilidad penal se acerca a la realidad actual y es el instrumento más adecuado para la prevención de dichos delitos.

En la línea de *Nino*, considero que la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas no es el medio acertado para castigar las conductas que se suceden en las mismas puesto que no se adapta a los principios tradicionales del Derecho Penal y no solo por esto, si no también por, como he indicado, las consecuencias económicas injustas que en la sociedad podría acarrear.

### **III.El programa de *compliance*.**

#### **1.Definición de *compliance*.**

En términos teóricos el *compliance* es el nombre anglosajón que proviene del inglés “to

---

<sup>35</sup> VILLALOBOS CASTAÑEDA, (en línea) . Personas jurídicas en el Derecho comparado [http://www.porticolegal.com/pa\\_articulo.php?ref=327](http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=327) (consultado en octubre de 2018)

*comply with*” que significa “cumplir con”.<sup>36</sup> Con dicho término, se define el cumplimiento normativo en las empresas a través de políticas y protocolos reguladores, se entiende, por tanto, que el *compliance* es instrumento que regula la actividad de la empresa y la protege de posibles incidencias que supongan un delito. En España adquiere el nombre de plan de prevención de riesgos penales, el cual por sí solo nos indica claramente lo que es.

En la práctica, este concepto trasciende no sólo al cumplimiento de los aspectos legales sino de todas las políticas internas de la compañía: tipo de responsabilidades no penales que se pudieran derivar del actuar de la organización.

En la anterior parte del trabajo hemos tratado la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su incorporación en la regulación española, la incorporación del *compliance* viene a ser una consecuencia necesaria de la posibilidad de atribuir responsabilidad penal de las personas jurídicas, puesto que la incorporación de un sistema de *compliance* en la empresa constituye una atenuante o incluso una eximente en el caso de que se llegue a producir un delito en el seno de la organización. Esta importante novedad venía igualmente a clarificar mediante la incorporación de los planes de prevención el concepto de un “debido control”, para evitar la atribución de la responsabilidad penal del que hablaba la reforma del Código Penal de 2010 que daba lugar a inseguridades y discusiones doctrinales.

Por consiguiente, tanto por cuestiones de prevención como de posibilidad atenuante o justificante, el *compliance* ha dejado de ser un aspecto meramente teórico en las empresas europeas y españolas que han ido tomando concienciación de la salvaguarda que supone aplicar dichos programas en su día a día.

## 2. Antecedentes.

Como hemos visto en la anterior parte del trabajo, la responsabilidad penal de las personas jurídicas fue regulada en el Derecho español en la Reforma de 2010 del Código Penal. Esta regulación estaba claramente incompleta puesto que no existía por aquel entonces eximentes ni atenuantes en el caso de la comisión de un hecho delictivo en el seno de la

---

<sup>36</sup> BOCK, “*Compliance* y teoría del derecho penal”, 2013, pp.107-122

empresa produciendo un gran descontento doctrinal y la inaplicación de dichos preceptos.

En 2015 se viene a reformar el Código penal incorporando por fin la eficacia eximente del *compliance* y dando indicaciones para su incorporación en las empresas.

Es destacable el papel del *compliance* en la actualidad, sin embargo, su historia se remonta hasta hace casi 50 años.

Los antecedentes más remotos del *compliance* surgieron en Estados Unidos<sup>37</sup> en la década de los 70: por un lado con el caso *Watergate* y las investigaciones inherentes al mismo, así como la campaña anticapitalista promovida por la URSS durante la Guerra Fría denunciando conductas corruptas de las empresas de Estados Unidos.<sup>38</sup> De este modo se buscó una regulación empresarial con el objetivo de lograr unos comportamientos más éticos en el seno de las empresas, lo que se materializó a través de la *Foreign Corrupt Practices Act*<sup>39</sup> que se trata de una ley donde se viene a exigir por primera vez la figura del *Compliance Officer* en las empresas.

La globalización de esta figura *compliance* tiene lugar en las décadas de los 80 y 90<sup>40</sup> debido a una serie de sucesos, entre ellos:

1. Liberalización de los mercados mundiales que arranca en esas décadas, lo que dificulta enormemente el control que tienen los Estados sobre las empresas.
2. Nacimiento de un mercado mundial capitalista.
3. El nacimiento de una nueva criminalidad que superan los límites de seguridad que tenían los Estados.

---

<sup>37</sup> FORTUNITY,(en línea) ¿Qué sabemos del origen del *Compliance*? <https://www.diariojuridico.com/que-sabemos-del-origen-del-compliance-penal-el-concepto-de-moda/> (consultado en noviembre de 2018)

<sup>38</sup> Escándalo Lockheed Corporation, sobre sobornos a altos funcionarios extranjeros. La investigación de dicho escándalo supuso la revelación de múltiples casos similares .

<sup>39</sup> Impone a todas las entidades financieras del mundo que realizan operaciones con EEUU la obligación de comunicar a las autoridades fiscales de EEUU las cuentas y activos que mantienen en ellas los ciudadanos de dicho país, bajo la amenaza de gravar sus transacciones con importantes impuestos.

<sup>40</sup> BONATTI BONET, (en línea) Legal *Compliance*, <https://www.bonattipenal.com/legal-compliance-i-una-breve-historia/> (consultado en noviembre de 2018)



4. Crecimiento Internet y, por consiguiente, de las nuevas amenazas de la globalización de la información y las comunicaciones.

Estos acontecimientos dieron lugar a una serie de políticas de rango mundial de prevención de delitos.

A partir de los años 2000 el concepto de *Compliance* se refuerza debido al crecimiento de economías capitalistas, así como una serie de sucesos destacables que tiene lugar a partir de entonces, tales como los atentados de EE. UU., la crisis derivada del caso Lehman Brothers..., en este contexto, EE. UU. fue el gran impulsor de las políticas de prevención actuales en todo el mundo.

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal viene a incorporar en dicho texto legal en el apartado 2 del art. 31 bis, la figura del *compliance* permitiendo de este modo levantar la responsabilidad de la persona jurídica en aquellos casos en los que la empresa haya adoptado medidas de vigilancia y control para prevenir el delito. Esta reforma ha impulsado el *compliance*, porque su existencia justifica que se han adoptado medidas, reduciendo así la responsabilidad ante los tribunales.

### 3. Requisitos de la figura *compliance*.

Para apreciar la necesidad de implementación de planes de prevención de riesgos en las empresas analizaremos la reforma del Código Penal, lo que de ello dice la Circular de la Fiscalía 2016 y una serie de sentencias españolas que se han dado en este ámbito.

De este modo el *compliance* viene a determinar los requisitos que ha de tener ese control, de este modo resulta fundamental elaborar un adecuado Plan de Prevención de Riesgos Penales que permita disponer de la cobertura legal necesaria si la empresa se viera involucrada en una causa penal.

Para que los modelos de *compliance* sean válidos para eximir la posible pena que pueda recaer en la organización se deberán cumplir los siguientes requisitos recogidos en el

art. 31 bis. 2 del Código Penal:

*“1.ª El órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.*

*2.ª La supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado, ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control, o, que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica.*

*3.ª Los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y*

*4.ª No se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª”*

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena, por lo que la pena no se vería eximida sino únicamente atenuada.

Por último, para que dicho programa sea eficaz, requisito fundamental y exigido por ley, el programa deberá cumplir los requisitos del art. 31 bis. 5 que seguidamente se exponen:

*“1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.*

*2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de estas con relación a aquéllos.*

*3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.*

*4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.*

*5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento*

*de las medidas que establezca el modelo.*

*6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.”*

Cumplidos dichos requisitos nos encontraremos ante la eximente del art. 31bis o, como hemos indicado, en el caso de que estos requisitos se cumplan de forma parcial nos encontraríamos ante una eximente.

En cuanto a la finalidad que habrán de tener estos planes de prevención<sup>41</sup>: no deben únicamente incorporarse con el objeto de eludir la sanción penal, sino para que los delitos no lleguen a cometerse y para implementar una política de cumplimiento en la empresa, para que en el caso de que el delito llegue a cometerse este sea un accidente.

Es por esto por lo que los programas de *compliance* no pueden implementarse únicamente a fin de eludir la responsabilidad penal, puesto que deben cumplir unos requisitos para que efectivamente funcionen,<sup>42</sup> que habrán de ser:

1. Claros.
2. Precisos.
3. Eficaces.
4. Reflejados por escrito.

Estos programas deberán ser idóneos para evitar los delitos susceptibles de cometerse por la empresa. Es por esto por lo que cada modelo de *compliance* ha de ser único y adaptarse a las labores que la empresa realiza y, por tanto, a los riesgos a los que la misma está sometida.

La figura del *compliance* funciona tanto como eximente o atenuante en los casos en los que efectivamente se materialice el delito en el seno de la empresa. Sin embargo, dicha

---

<sup>41</sup> Circular de la Fiscalía de 2016

<sup>42</sup> Circular de la Fiscalía de 2016

figura , como su nombre indica, tiene un objetivo de prevención de dichos delitos, así como de inculcar una conciencia social en la organización.

En este sentido, la STS 154/2016 del 29-02-16, establece en su Fundamento de Derecho décimo 2), párrafo tercero por primera vez la exigencia de la aplicación de medidas de control en la empresa tendentes a evitar la comisión de delitos por los integrantes de esta.

*“(…) la responsabilidad de la recurrente es en este caso obvia, toda vez que si, como ya se dijo, el núcleo del enjuiciamiento acerca de la responsabilidad propia de la entidad, vinculada a la comisión del delito por la persona física, no es otro que el de la determinación acerca de la existencia de las medidas preventivas oportunas tendentes a la evitación de la comisión de ilícitos por parte de quienes la integran, en supuestos como éste en el que la inexistencia de cualquier clase de tales herramientas de control, vigente ya el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica, es total, la aplicación a la entidad recurrente del artículo 31 bis como autora de infracción, en relación con el artículo 368 y siguientes del Código Penal, resulta del todo acertada (…)*”.

Esta sentencia nos viene a indicar que el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas se basa en la comisión del delito por la persona física integrante de las mismas careciendo de una política tendente a evitar esto.

Posteriormente, la STS 221/2016 del 16-03-16 afirma que la acusación deberá probar la inexistencia de estos planes de prevención en la empresa en orden a construir los requisitos de hecho que permitan atribuir el delito a la persona jurídica, esto lo dice en su fundamento de derecho quinto B), párrafo cuarto.

*“(…) En efecto, desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia a la que se refiere el motivo, el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del art. 31 bis del CP, pero el desafío probatorio del Fiscal no puede detenerse ahí. Lo impide nuestro sistema constitucional. Habrà de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica (…)”.*

De esto podemos comprobar que para poder atribuir el delito a la persona jurídica es imperativo que la acusación alegue la inexistencia de estos planes de prevención. Del mismo modo, la persona jurídica deberá apoyar su defensa en la prueba de existencia de los mismos y en su correcto funcionamiento.

La STS 516/2016 de 13-06 establece la posibilidad de responsabilidades simultaneas de la persona física que materialmente ha cometido el delito con la responsabilidad penal de la persona jurídica en cuyo provecho se cometió el mismo. De este modo establece en su Fundamento de Derecho tercero, párrafo segundo:

*“(...) La previsión de una responsabilidad penal de la persona jurídica no es excluyente respecto de la persona física, antes al contrario, para el código es acumulativa, pudiendo darse ambas responsabilidades conjuntamente. (...)”.*

De todo esto podemos concluir que la incorporación de un plan de prevención de riesgos penales tiene una serie de efectos en la empresa:

1. En primer lugar funciona como una ventaja competitiva con respecto a otras empresas, principalmente por el contenido ético que le aporta a la misma que le hace más atractiva con respecto a los clientes que quieran relacionarse con la misma.
2. Como su propio nombre indica este plan de prevención va a funcionar para evitar que la empresa cometa conductas delictivas con el consiguiente perjuicio que esto podrá generarle.
3. Funciona como una eximente o atenuante para el caso de que la conducta delictiva llegue a materializarse.

## 4. Componentes del sistema de gestión *compliance*. (Propuesta de plan de prevención de riesgos penales)<sup>43</sup>

### 4.1.La organización

#### A) El contexto organizacional.

Es fundamental antes de implantar el sistema de *compliance* comprender y analizar en contexto interno y el contexto externo en el que se mueve la organización.

- Contexto externo. Cada organización se mueve dentro de un contexto externo determinado que incluye, entre otros, los siguientes factores: la situación económica del entorno en el que se encuentra, la cultura o el entorno regulatorio.
- Contexto interno. El contexto interno está condicionado por unos factores que afectan al desempeño de la organización y que, por consiguiente, se plasman en la probabilidad de dar cumplimiento a las obligaciones *compliance*. Entre estos factores, nos encontramos: la concreta cultura de la organización, su estructura, la composición de su plantilla, la tecnología de la que dispone o sus recursos financieros.

#### B) Organización con las partes interesadas.

Tras analizar el contexto, es necesario analizar las relaciones de la organización con las partes interesadas.

Las partes interesadas son aquellas que formando parte de la organización se vean afectadas por las actividades de esta; también serán partes interesadas aquellas que puedan afectar a la organización.

Hay que diferenciar entre partes activas y pasivas:

---

<sup>43</sup> BAJO ALBARRACÍN, Sistemas de gestión *compliance*, 2017, pp.87 y ss

- Activas: Aquellas que estén directamente relacionadas con la organización o que trabajen en esta.
- Pasivas: Aquellas que no estén directamente relacionadas con la organización pero que igualmente puedan ser afectadas por esta.

Para analizar a las partes interesadas tendremos en primer lugar que identificarlas, conocer sus riesgos, analizar la relación de las partes interesadas con la organización y, por último, planificar su control.

#### C) Las obligaciones *compliance*.

Son el conjunto de compromisos que la organización debe cumplir. Incluye, entre otras, las normas supranacionales, legislación estatal, sentencias judiciales o certificaciones voluntarias a las que se comprometa la propia organización.

Debido a las numerosas obligaciones que debe cumplir la empresa esta debe estar al tanto de los posibles cambios de estas para lo que puede articular diversos instrumentos para su conocimiento.

Para decantarnos por un plan de prevención u otro debemos preguntarnos la repercusión para la organización de conocer una u otra norma, debiendo utilizar un plan de mayor fiabilidad en el caso de que las posibilidades de incumplimiento de una norma sean mayores o los efectos del incumplimiento más perjudiciales.

## 4.2.Liderazgo.

Para asegurar el correcto funcionamiento del sistema de *compliance* conviene dar con un líder carismático, que impulse el funcionamiento de este e influya notoriamente para llevar las actitudes dentro de la organización hacia el cumplimiento.

#### A) Política de *compliance*.

La política de *compliance* debe establecer el marco general en el que se van a resolver todas las cuestiones relacionadas con el cumplimiento. Se debe tratar de una política especialmente creada para la organización concreta teniendo en cuenta sus especialidades y características.

Conforme a la norma ISO 19600 la política de *compliance* deberá:

1. Ser adecuada al propósito de la organización.
2. Proporcionar un marco de referencia para el establecimiento de los objetivos de *compliance*.
3. Incluir un compromiso de cumplimiento de los requisitos aplicables.
4. Incluir el compromiso de mejora continua.

#### B) Responsabilidades.

La organización debe comunicar a cada uno de sus miembros el rol que tienen y lo que se espera de ellos en la organización, especialmente en lo referido al cumplimiento normativo y las responsabilidades que de ello se puedan derivar. De las diferentes funciones dentro de la organización, podemos distinguir:

- El órgano de gobierno y la alta dirección
- La función *compliance*. La definición de la función *compliance* es la que mayor importancia tiene en materia de cumplimiento.
- La dirección. La constituyen los empleados con personas a su cargo y capacidad de decisión.
- Todos los miembros de la organización. Cada miembro de la organización tendrá una serie de responsabilidades definidas individualmente con relación al puesto que ostente en la organización, pero, como mínimo todos los miembros de la organización deberán cumplir las siguientes funciones:

1. Cumplir los requisitos establecidos en el sistema de gestión



2. Comunicar cualquier sospecha de incumplimiento
3. Colaborar en la investigación *compliance*.

#### C) Responsabilidades

Uno de los requisitos para que el sistema pueda ser considerado como eximente o atenuante es el establecimiento de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

### 4.3.Evaluación de riesgos.

#### A) Identificación de los riesgos *Compliance*

Partimos de que el primer paso del sistema es conocer las obligaciones que debemos cumplir. Por lo tanto, para proceder a identificar los riesgos tendremos que tener las obligaciones identificadas.

El objetivo de la identificación es definir las situaciones que pudieran poner en riesgo los objetivos de la organización. Para identificar los riesgos deberemos preguntarnos la probabilidad existente de que no cumplamos la obligación.

#### B) Análisis de riesgos.

Consiste en determinar las probabilidades de que la situación que acarrearía el riesgo suceda.

#### C) Valoración de los riesgos.

Los diferentes métodos para valorar los riesgos se basan en dos conceptos: la probabilidad y las consecuencias.

- Probabilidad. Constituye la posibilidad de que se materialice el suceso asociado al riesgo.

Aquí tendremos en cuenta que los sucesos cumplen la teoría de causalidad, es decir, para que se produzca un suceso es necesario que se den una serie de causas. Por consiguiente, la probabilidad de que se produzca el suceso será el resultado de que cada una de las causas que lo constituyen se materialice.

La probabilidad de que el suceso se produzca será menor cuantas más causas tengan que concurrir para ello.

- Las consecuencias. Constituyen la gravedad que se va a generar como resultado de la causación del riesgo.

#### D) Evaluación de riesgos

En el proceso de evaluación consiste en identificar:

- Los riesgos que necesitan tratarse.
- Las prioridades del tratamiento.
- La forma en que se va a realizar dicho tratamiento.

Una vez que hayamos clasificado los riesgos podremos adoptar los controles pertinentes para actuar sobre los más gravosos. La evaluación de riesgos debe ser revisada de forma habitual puesto que los niveles de riesgo pueden cambiar y pueden surgir nuevas regulaciones que impliquen nuevas obligaciones y, por tanto, la adopción de nuevas medidas.

#### E) Planificación y respuesta al riesgo.

Una vez identificados los riesgos tendremos que adoptar los controles para tratar cada uno de ellos.

Una vez realizado el control de riesgos nos van a quedar los riesgos residuales y los riesgos secundarios:

- Riesgos residuales: Aquellos que se mantienen tras haber adoptado las medidas de control.
- Riesgos secundarios: Aquellos que aparecen precisamente como consecuencia

de la adopción de dichas medidas

#### F) Valoración del riesgo

Una vez que hayamos obtenido los niveles de riesgos tendremos que tomar unas medidas u otras:

- Trivial: no requiere control.
- Tolerable: únicamente se deben mantener los controles existentes y revisarlos.
- Moderado: se debe reducir el riesgo implantando controles que reduzcan probabilidad y consecuencias.
- Importante: debe aplicarse un nivel de control alto intentando actuar sobre los factores de riesgo para llegar a niveles tolerables.
- Intolerables: se debe paralizar la acción generadora del factor hasta que se hayan implantado los controles necesarios para reducirlo.

### 4.4.Programa

#### A) Objetivos

A la hora de realizar el programa es importante tener en cuenta los objetivos que nos van a ayudar en la toma de decisiones, a valorar los resultados que obtengamos y a orientar a los miembros de la organización

Los objetivos deben ser específicos, alcanzables y medibles.

Es necesario que la organización establezca objetivos en materia de *compliance* que deberán ser conocidos por los miembros de la organización para que sean efectivos y que deberán revisarse de forma anual.

#### B) Planificación

La planificación la constituyen el conjunto de actividades que va a desarrollar la organización en un periodo de tiempo. Estas actividades pueden establecerse con la finalidad de lograr los objetivos planteados por la organización o actividades de carácter rutinario que no tiene relación directa con los objetivos.

#### 4.5.Control.

La finalidad del control es identificar aquellas operaciones y actividades sobre la que es necesario aplicar medidas de control por poder influir estas en los factores de riesgo de incumplimiento.

Tenemos que tener en cuenta que aplicar las medidas de control conlleva una serie de costes, que pueden ser tanto económicos como de dedicación a estos, es por ello por lo que a pesar de que existan numerosos factores susceptibles de ser controlados por la organización, no todos deben serlo.

#### 4.6.Documentación.

Es preciso documentar determinada información en el sistema de gestión *compliance*, aunque para ello no existe una estructura concreta, sino que se deja gran libertad a las organizaciones para ello.

#### 4.7.Evaluación

Es preciso verificar periódicamente el modelo de *compliance* para conocer los aspectos que están funcionando correctamente para si es posible mejorarlos y aquellos aspectos que no funcionan para actuar sobre ellos.

Como métodos de evaluación encontramos:

- Informes de *compliance*. Medio a través del cual la función de *compliance* mantiene informados a la alta dirección o al órgano de gobierno.  
Es preciso destacar que la alta dirección debe ser informada de los incumplimientos, independientemente de estos informes de *compliance*.
- Auditoría interna Proceso sistemático, independiente y documentado al que recurren las organizaciones con la finalidad de conocer el funcionamiento del sistema y su capacidad para cumplir los objetivos.

#### 4.8. La función *compliance*

Es fundamental que la función *compliance* esté dotada de independencia, aunque la misma se puede ver afectada por la dependencia jerárquica del órgano de la función *compliance* a la alta dirección o a una unidad organizativa determinada.

##### Funciones

1. Identificar las obligaciones *compliance*
2. Evaluar los riesgos
3. Integrar la función *compliance* en las políticas, los procedimientos y procesos.
4. Proponer a los responsables del control y gestión del cumplimiento *compliance*.
5. Establecer las necesidades formativas de cada puesto de trabajo.
6. Gestionar la documentación de la información
7. Establecer indicadores anteriormente referenciados
8. Establecer las acciones correctivas
9. Revisar el sistema de gestión *compliance*
10. Establecer las formas de comunicación
11. Asesoramiento externo
12. Informar a la alta dirección y al órgano de gobierno.
13. Investigar incumplimiento.

#### 4.9. Proceso de implantación de un sistema *compliance*

Podemos resumir el proceso de implantación del siguiente modo:

1. Elección del modelo: que puede ser el del Art 31 bis CP, una norma internacional como la ISO 19600, ISO 37001, un modelo de solvencia como COSO o una norma nacional como la UNE 19601.
2. Definir la sistemática de implantación y planificar el proyecto
3. Identificación de los asuntos internos y externos de la organización
4. Establecer la política de *compliance*.

5. Identificación de las obligaciones de *compliance*.
6. Realizar la evaluación de riesgos.
7. Establecer las acciones para el tratamiento del riesgo.
8. Fijar las funciones y responsabilidades.
9. Definir la estructura del sistema
10. Documentar el sistema
11. Implementar el sistema
12. Auditoría interna
13. Revisar el sistema
14. Auditar el sistema para la certificación

## **IV. Conclusiones**

Con este trabajo he pretendido clarificar algunos conceptos de estos importantes cambios legislativos que no han dejado indiferente a nadie y tantos problemas han suscitado.

La responsabilidad penal fue por lo tanto incorporada en la legislación española debido a exigencias de la Unión Europea en el año 2010 y hasta 5 años después de dicha incorporación no se viene a precisar las medidas preventivas que pueden adoptar las empresas para evadir dicha responsabilidad.

Resultaba imperativo, a tenor de exigencias europeas, establecer una serie de medidas que reforzaran la vigilancia del Estado sobre las personas jurídicas, aunque ciertamente dichas exigencias en ningún momento establecen qué medidas concretas tienen que tomarse, es decir, la solución que toma el Estado español de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas no era la única forma de regular la responsabilidad de las personas jurídicas.

Se podrían haber alcanzado las exigencias europeas a través de otros medios, algunos ejemplos los hemos podido ver en el análisis del Derecho comparado que hemos hecho en este trabajo : se podría haber establecido la responsabilidad de las personas jurídicas por vía administrativa, algo que quizá podría resultar más adecuado de conformidad con la legislación española a efectos formales.

Con esto me refiero a diversos principios inherentes al Derecho penal que de alguna manera han sido violados al atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, siendo el caso más evidente el del principio de culpabilidad, puesto que el Derecho penal español ha sido concebido originariamente para responsabilidades personales de individuos conscientes de sus actos, por lo que para la atribución del delito al individuo era preciso realizar un juicio de culpabilidad, juicio que en el caso de las personas jurídicas no es posible y han tenido que elaborar otro modo de atribuir la responsabilidad, a través de los hechos de conexión que hemos expuesto en este trabajo.

Quizá, por los principios generales del Derecho penal y de la legislación general española hubiese resultado más conforme a Derecho reforzar la responsabilidad administrativa de las empresas dejando la responsabilidad penal reservada a la esfera de las personas físicas. Italia es un buen ejemplo de esto, puesto que dicha responsabilidad no se entendió viable en la legislación italiana por considerarse que dicha responsabilidad era contraria a la Constitución italiana que, al igual que nuestro Derecho, predicaba una responsabilidad personal.

Además, hasta la entrada en vigor del Código Penal de 2015 que introduce como causa eximente los planes de prevención de riesgos penales, existía en España una gran inseguridad jurídica en lo relativo al ejercicio del “debido control”, puesto que hasta entonces era muy difícil explicar en el caso de comisión de un delito en el seno de la organización que efectivamente se había actuado con dicha diligencia. Lo que viene a hacer esta nueva regulación es darnos unas pautas objetivas sobre el modo de establecer el debido control que efectivamente sirvan como causa eximente en caso de materialización del delito y principalmente que sirvan como instrumento para evitar los mismos.

He dividido mi trabajo por lo tanto en dos bloques principales que vienen a resaltar dos novedades legislativas: por un lado la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la normativa española y, por otro lado, la regulación de los planes de prevención de riesgos penales o *compliance*.

En cuanto al primer bloque en principio no estoy del todo de acuerdo con atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas. Efectivamente estoy de acuerdo con que era preciso una intervención en las mismas, al margen de los instrumentos europeos que obligaban al Estado español, pero quizá dicha intervención no ha sido la correcta. Si lo

que se pretendía era controlar la actividad empresarial, a fin de que no se cometiesen actividades ilícitas o la vigilancia de los altos directivos y administradores se podría haber conseguido por otros medios que no chocaran con la concepción del Derecho penal español, yendo en contra de principios básicos en este tipo de responsabilidad y obligando a realizar “chapuzas” legislativas para tratar de encajar supuestos previstos para personas físicas a las personas jurídicas. Habría resultado más adecuado castigar a las empresas por medios administrativos, al modo italiano precisamente por la similitud legislativa que existe con este país en este ámbito.

En cuanto a los planes de prevención de riesgos penales estoy de acuerdo con el concepto que representan, dejando al margen los matices penales que se derivan en la actual regulación. Dicho plan tiene, tal y como su propio nombre indica, como objetivo, la prevención de ilícitos en el seno de la empresa, lo que considero que ayuda a crear conciencia en las organizaciones de una correcta moralidad en el seno de la misma. Si la finalidad fuese lograr una responsabilidad social corporativa no me parece un mal medio la implementación de planes de prevención, aunque estos no estén orientados a actuar como eximentes, sino únicamente a prevenir que no tengan lugar determinadas conductas en la empresa.

Ciertamente pienso que existen más maneras de lograr una cultura de cumplimiento en la empresa, más allá de los planes de prevención determinados en las leyes, aunque considero que el hecho de que los requisitos se encuentren regulados facilita en gran medida la incorporación de las medidas y aporta seguridad jurídica.

Es por esto que, considero que efectivamente era preciso adoptar algún tipo de medida que persiguiera la actividad ilícita en el seno de las empresas pero no estoy tan conforme con que la vía para su persecución sea la penal, sino que atendiendo a los principios legislativos españoles resultaría más adecuado castigar por vías administrativas, pero manteniendo los planes de prevención que actuarían como mecanismos de control en todos los ámbitos y conseguirían el objetivo de incorporación de la cultura del cumplimiento en las empresas.



## **BIBLIOGRAFÍA**

- AGUILERA GORDILLO, RAFAEL : “ **Compliance penal en España** .Régimen de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Fundamentación Analítica de Base Estratégica. Lógica Predictiva y Requisitos del *Compliance* Program Penal ”. Navarra, Ed. Aranzadi, 2018.
- BAJO ALBARRACÍN, JUAN CARLOS, “**Sistema de gestión compliance**. *Guía práctica para el compliance officers*”, Madrid, Centro de Estudios Financieros,2017.
- BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL (dir),BACIGALUPO, SILVINA /GOMEZ-JARA, CARLOS (coords): “**Constitución Europea y Derecho Penal económico**. Mesas redondas Derecho y Economía”,Madrid, Ed.Universitaria Ramón Aceres, 2006
- BONATTI BONET,FRANCISCO, (en línea) **legal compliance** (i): una breve historia, <https://www.bonattipenal.com/legal-compliance-i-una-breve-historia/> (consultado en noviembre de 2018)
- FORTUNITY, MIQUEL, (en línea) **¿Qué sabemos del origen del Compliance Penal**, el concepto de moda? <https://www.diariojuridico.com/que-sabemos-del-origen-del-compliance-penal-el-concepto-de-moda/> (consultado en noviembre de 2018)
- GOMEZ-JARA DÍEZ, CARLOS: “*La responsabilidad penal de las empresas en EEUU*”, Sevilla, Ed. Universitaria Ramón Areces,2006./ “**Teoría de sistemas y derecho penal**. fundamentos y posibilidades de aplicación”, Granada, Ed. Comares, 2005.
- JUANES PECES, ÁNGEL: “**Compliance penal**”, Madrid, Ed. Francis Lefebvre, 2017.
- LUZÓN PEÑA, MANUEL: “Derecho penal, prevención y responsabilidad social corporativa, en: Derecho penal del Estado Social y democrático de Derecho. **Libro-Homenaje a Santiago Mir Puig**, La Ley.” Madrid, 2010.
- MORENO MARTÍNEZ, JUAN ANTONIO: “**La responsabilidad civil** y su problemática actual”, Madrid, Ed. Dykinson, 2007.
- MORILLAS CUEVAS, LORENZO :“**Estudios sobre el código penal reformado Leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015**”, Madrid, Ed Dykinson,2015.

- NINO, CARLOS SANTIAGO: “**Los límites de la responsabilidad penal**”, Buenos aires, Ed. Astrea,, 2006.
- ONTIVEIROS ALONSO, MIGUEL: “**La responsabilidad penal de las personas jurídicas**”, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 2014.
- QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO: “**Comentarios al Código Penal**”, Revista de derecho privado, 1966.
- ROIG ALTOZANO, MARINA, (en línea). “**La responsabilidad penal de las personas jurídicas: societas delinquere et puniri potest**” <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4746-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas:-societas-delinquere-et-puniri-potest/> (consultado en octubre de 2018), 2018, ep.1º.
- ROSO CAÑADILLAS, RAQUEL: “**Las fuentes de imputación de la Responsabilidad penal corporativa**”, La revista de derecho, n.º17, 2014, p.193.
- VILLALOBOS CASTAÑEDA, FREDDY AUGUSTO, (en línea) . “**Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho comparado**” [http://www.porticolegal.com/pa\\_articulo.php?ref=327](http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=327) (consultado en octubre de 2018)

## **LEGISLACIÓN**

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.
- Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Norma ISO 19600 *Compliance* de 15 de abril de 2015.
- Norma ISO 37001 de 14 de octubre de 2016.
- Norma UNE 19601 de 18 de mayo de 2017.
- Ley 9/2017 de 18 de noviembre de Contratos del Sector Público.

## **JURISPRUDENCIA**

-STS 514/2015, 02-09.

-STS 154/2016, 29-02.

-STS 221/2016, 16-03.

-STS 516/2016 de 13-06.

-STS 31/2017, 26-01.